

**WYROK**  
**z dnia 30 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o., ul. Muszkieterów 15; 02-273 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Zielonogórski, ul. Licealna 9; 65-417 Zielona Góra,** przy udziale wykonawcy **P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Super-Kopia Tech P. S., ul. Jutrzenki 46; 02-230 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o.,** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o.** na rzecz **Uniwersytetu Zielonogórskiego** kwotę 4 420 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Zielonogórski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dzierżawę kserokopiarek i drukarek”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, w dniu 30 maja 2019 r. pod numerem 553483-N-2019.

Dnia 9 lipca 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 15 lipca 2019 roku wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. S. Super-Kopia Tech (dalej: „PSST”) w zakresie części I i II zamówienia,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty PSST w zakresie części I i II zamówienia,
- 3) zaniechania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i II zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty PSST pomimo, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2019 r., poz. 1010 ze zm.) (dalej: „UZNK”), poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PSST, pomimo, że złożenie oferty przez wykonawcę PSST stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym oznacza działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami naruszające interesy innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty PSST, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia tej oferty,

4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PSST do udzielenia wyjaśnień w zakresie kluczowych elementów oferty dotyczących przywrócenia pełnej sprawności urządzeń w zaoferowanym czasie 8 godzin, pomimo, iż z powodu odległości dzielącej wykonawcę PSST od siedziby zamawiającego, istnieją uzasadnione wątpliwości, co do fizycznej możliwości realizacji tej części zamówienia w tak krótkim czasie i za zaoferowaną cenę.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty PSST jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownego badania i oceny oferty PSST oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie części I i II,
3. dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie części I i II zamówienia,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, której treść jest zgodna z s.i.w.z. i która została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert w zakresie części I i II zamówienia. Na skutek podjętych czynności oraz zaniechania podjęcia przez zamawiającego czynności zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dokonał on wyboru oferty PSST jako najkorzystniejszej. Zamawiający oceniając ofertę PSTT, znajdującą się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, błędnie uznał, że nie podlega ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę. Odwołujący w ten sposób został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i tym samym poniósł szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując przedmiotowe zamówienie. Uwzględnienie odwołania spowoduje wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Super-Kopia Tech P. S. (dalej „przystępujący” lub „PSST”).

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach**

**procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zgodnie z treścią protokołu z postępowania zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 215.165,80 zł netto (264.653,93 zł brutto), w tym część I zamówienia na kwotę 203.765,80 zł netto, a część II zamówienia na kwotę 11.400,00 zł netto.

W postępowaniu na część I, oferty złożyło pięciu wykonawców:

- 1) P. S. Super-kopia Tech złożył ofertę o wartości 95.426,20 zł brutto,
- 2) Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. złożył ofertę o wartości 155.350,44 zł brutto,
- 3) DKS Sp. z o.o. złożył ofertę o wartości 310.788,96 zł brutto,
- 4) TMB M. K. złożył ofertę o wartości 164.688,65 zł brutto,
- 5) M-Tech Sp. z o.o. złożył ofertę o wartości 185.068,89 zł brutto.

W postępowaniu na część II, oferty złożyło sześciu wykonawców:

- 1) P. S. Super-kopia Tech złożył ofertę o wartości 3666,38 zł brutto,
- 2) Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. złożył ofertę o wartości 5499,58 zł brutto,
- 3) DKS Sp. z o.o. złożył ofertę o wartości 16.976,66 zł brutto,
- 4) TMB M. K. złożył ofertę o wartości 12.841,20 zł brutto,
- 5) M-Tech Sp. z o.o. złożył ofertę o wartości 14.848,56 zł brutto,
- 6) CRIMSON J. J. złożył ofertę o wartości 10.184,40 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 28 czerwca 2019 r. wezwał wykonawcę PSST do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty oraz do złożenia dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia. Zamawiający odmówił odwołującemu wglądu w treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PSST w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w treści s.i.w.z. wskazał, że „Ceny należy określić biorąc pod uwagę wszystkie wymagania zawarte w załącznikach nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” i zgodnie ze wszystkimi innymi warunkami określonymi w niniejszej SIWZ i załącznikach do niej. Nie dopuszcza się żadnych niejednoznacznych taryfikacji. Cena musi zawierać wszelkie składowe koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w tym również: koszt materiałów eksploatacyjnych, przeglądów serwisowych, koszt usunięcia awarii, części zamiennych, koszt szkolenia personelu obsługującego dzierżawione urządzenia koszt transportu, rozładunku, wysyłki, koszty dojazdu do Zamawiającego, koszt odbioru od Zamawiającego i utylizacji zużytych pojemników i zużytych części (podzespołów), koszty osobowe, koszt ewentualnych odpraw celnych, ew. inflację, VAT (jeśli dotyczy), inne podatki (jeśli dotyczy), ZUS pracodawcy (jeśli dotyczy), inne koszty niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia”.

Zgodnie z treścią s.i.w.z., OPZ, Wzoru umowy, każdy wykonawca powinien być uwzględniać w cenie oferty w szczególności następujące koszty:

- 1) koszt dzierżawy, na który powinny składać się: koszt wszystkich urządzeń, koszt materiałów eksploatacyjnych (w tym tonerów), koszt części zamiennych, koszt dostawy urządzeń (transport, rozładunek, wniesienie do miejsc wyznaczonych przez zamawiającego), koszty osobowe pracowników dostarczających urządzenie, koszty osobowe pracowników dokonujących instalacji i konfiguracji urządzenia,
- 2) koszt szkolenia pracowników zamawiającego, na który powinny składać się: koszty osobowe wykonawcy, koszt dojazdu do zamawiającego (w różnych lokalizacjach), koszty materiałów szkoleniowych np. instrukcja obsługi urządzenia,
- 3) koszt serwisu przez cały okres trwania umowy, na który powinny składać się: koszty osobowe (stawka za roboczogodzinę, liczba roboczogodzin, liczba pracowników wyznaczona do realizacji zamówienia, koszt dojazdu pracownika), koszty dojazdu do lokalizacji zamawiającego, koszt dostawy i wymiany materiałów eksploatacyjnych, w tym tonerów oraz koszt ich odbioru i utylizacji, koszt naprawy urządzenia, koszt konserwacji (przeglądy techniczne) bieżące i okresowe, koszt dojazdu do zamawiającego w przypadku awarii, koszt odbioru uszkodzonego urządzenia, dostawa (transport, rozładunek) urządzenia zastępczego i pełna konfiguracja tego urządzenia, koszt dostawy (transport, rozładunek) naprawionego urządzenia,
- 4) koszt ubezpieczenia wszystkich urządzeń przez cały okres trwania umowy,
- 5) koszt obsługi Platformy online (koszty osobowe),
- 6) koszt odbioru wszystkich urządzeń po realizacji umowy, na który powinny składać się: koszt transportu, załadunku i rozładunku, koszty osobowe pracowników odbierających urządzenie, koszt dojazdu do lokalizacji zamawiającego, koszty osobowe pracowników wykonujących usługę usunięcia danych z dysków twardego zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uznanie przez zamawiającego takiego zastrzeżenia za skuteczne stanowi rażące naruszenie nie tylko zasady jawności postępowania, tj. art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale także zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także udowodnienia. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca PSST nie przedstawił nawet ogólnego uzasadnienia, a jedynie wskazał, że zastrzega informacje zawarte w ofercie i wyjaśnieniach. Zdaniem odwołującego, nie jest dopuszczalne całościowe, ogólne zastrzeżenie całości oferty i wyjaśnień wykonawcy PSST jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania. W związku z powyższym, odwołujący wskazał na nieprawidłowość w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do całości informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach wykonawcy PSST, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego, wykonawca PSST zobowiązany był złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Nieuprawnione było zatem wyłączenie jawności wszystkich dokumentów zawartych w wyjaśnieniach, w zakresie, w jakim zawierają one informacje, które nie spełniają łącznie wszystkich przesłanek zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na powyższe, odwołujący wskazał, że zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wykonawcy PSST w zakresie rażąco niskiej ceny jest nieuprawnione i sprzeczne z ustawą Pzp.

W zakresie rażąco niskiej ceny (RNC) odwołujący wskazał, iż wszystkie ww. koszty powinny być zostać wskazane i szczegółowo opisane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez wykonawcę PSST. Wykonawca ten powinien także załączyć stosowne dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Na etapie postępowania odwoławczego podejmowanie takich działań już nie jest możliwe. Nieuwzględnienie któregokolwiek ze wskazanych kosztów uniemożliwia należyte zrealizowanie umowy zgodnie z przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał, że każdy wykonawca powinien być uwzględnić podane koszty zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, ale również w zakresie zamówienia objętego prawem opcji (maksymalny koszt). Co więcej, w zakresie niniejszego zamówienia wykonawca PSST powinien uwzględnić także tzw. koszty

administracyjne oraz „rezerwę na ryzyko”, np. na zapłatę kar umownych lub innych nieprzewidzianych wydatków. Cena oferty powinna jednak przede wszystkim uwzględniać marżę wykonawcy, tj. wskazywać, że wykonawca PSST osiągnie zysk z realizacji niniejszego zamówienia. Zdaniem odwołującego jest to niemożliwe, bowiem już same koszty przewyższają cenę oferty tego wykonawcy. W zakresie kosztów osobowych wykonawca PSST powinien był wykazać, już w wyjaśnieniach złożonych 3 lipca 2019 r., w jaki sposób dokonał kalkulacji pracochłonności, tj. ilu i jakich pracowników wyznaczył do realizacji zamówienia (inne stawki z pracowników transportujących urządzenie a inne za pracowników dokonujących konfiguracji urządzenia i realizujących serwis), jak wyliczył stawkę za roboczogodzinę, ile przeznaczył roboczogodzin na realizację niniejszego zamówienia, zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i prawa opcji. Zdaniem odwołującego, wykonawca PSST powinien również wykazać, że pracownicy realizujący zamówienie otrzymują wynagrodzenie zgodne z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Odwołujący zaznaczył, że instalacja, obsługa, konfiguracja, serwis urządzeń wymagają wysokich kwalifikacji i doświadczenia, dlatego rynkowe stawki wynagrodzenia pracowników realizujących tę część zamówienia są stawkami wyższymi niż średnie krajowe wynagrodzenie. Natomiast każdy wykonawca, aby należycie zrealizować niniejsze zamówienie powinien dysponować pracownikami posiadającymi wysokie kwalifikacje i predyspozycje to wykonania zamówienia. Wykonawca PSST powinien także wskazać jakie uwzględnił w cenie oferty koszty dojazdu swoich pracowników do zamawiającego. Koszty te mają istotny wpływ na cenę oferty i wykonawca PSST prawdopodobnie w ogóle je pominął lub dokonał w tym zakresie nieprawidłowej kalkulacji. Z wiedzy odwołującego wynika bowiem, że wykonawca PSST nie posiada w Zielonej Górze, ani innych pobliskich miejscowościach żadnych oddziałów, filii czy punktów serwisowych, a jego siedziba znajduje się w Warszawie, w przeciwieństwie do odwołującego.

Zgodnie z treścią s.i.w.z. zamawiający oczekiwał zaoferowania fabrycznie nowych urządzeń (nieużywanych) lub urządzeń używanych, jednak nie starszych niż 3 lata, zapewnienia nowych materiałów eksploatacyjnych, w tym tonerów oraz części zamiennych. W ocenie odwołującego, wykonawca PSST zaoferował w większości urządzenia fabrycznie nowe producenta Konica Minolta. Odwołujący zaznaczył, że wchodzi w skład grupy kapitałowej, w której spółka - Konica Minolta Business Solutions Europe GmbH posiadająca 100% udziałów w kapitale zakładowym odwołującego jest centralnym dystrybutorem, urządzeń Konica Minolta na całą Europę (dalej: „Centrala”) i przyznaje spółkom z grupy, w tym odwołującemu, odpowiednie upusty (tzw. wsparcie). W związku z powyższym poważne wątpliwości budzi fakt, że cena oferty odwołującego znacznie przewyższa cenę oferty wykonawcy PSST, który nie dysponuje indywidualnym cennikiem zaoferowanych



urządzeń oraz nie jest w stanie uzyskać takich upustów na urządzenia oraz materiały eksploatacyjne, jak otrzymuje odwołujący od Centrali.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że urządzenia zaoferowane przez wykonawcę PSST objęte są gwarancją producenta jedynie w przypadku, gdy przy wykonywaniu usług serwisu używane są oryginalne materiały eksploatacyjne i części zamienne producenta. Z powyższego wynika, że ten wykonawca powinien był w cenie oferty uwzględnić koszt oryginalnych materiałów eksploatacyjnych oraz części zamiennych producenta Konica Minolta, aby zamawiający mógł skorzystać z przysługującej mu gwarancji na urządzenia objęte przedmiotem umowy. Zamawiający odmówił odwołującemu wglądu w treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PSST w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie mógł zatem odnieść się konkretnie do kosztów oraz dowodów przedstawionych przez wykonawcę PSST w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do tego zarzutu odwołania, odwołujący zaznaczył, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, cenę oferty w kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy badać w odniesieniu do łącznej ceny oferty oraz pod kątem cen jednostkowych. Oznacza to, że jeżeli cena jednostkowa jest niższa niż rzeczywisty koszt dotyczący wycenionej pozycji, to należy uznać, że oferta podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego, konstrukcja oferty PSST w zakresie zaoferowania nierealnej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W opinii odwołującego wykonawca ten celowo zaniżył wartość ceny oferty (nie uwzględniając rzeczywistych kosztów). Cena oferty wykonawcy PSST jest znacznie zaniżona, a wręcz nierealna. Biorąc pod uwagę to, że zamawiający przyjął w s.i.w.z., iż kluczowym kryterium oceny jest cena o wadze 60 %, z treści oferty wynika, że wykonawca chcąc uzyskać niniejsze zamówienia ma pełną świadomość tego, że nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Działanie wykonawcy PSST stanowi więc naruszenie art. 15 ust. 1 pkt. 1 UZNK, a także art. 3 ust. 1 UZNK. Manipulacja oferty, w tym ceną jednostkową na potrzeby uzyskania niższej ceny i wyższej punktacji w jedynym kryterium cena, prowadzi do naruszenia interesów wykonawcy składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia, jak również interesu zamawiającego. Wykonawcy, którzy postąpili zgodnie z dyspozycją zamawiającego i wskazali rzeczywiste ceny poszczególnych świadczeń, są w niewątpliwie gorszej sytuacji, ponieważ muszą skalkulować ryzyko wynikające z niepewnej wysokości ostatecznie zapłaconego wynagrodzenia.

Pozostali wykonawcy nie są w stanie konkurować z podmiotem, który oferuje wykonanie zamówienia za cenę, która nie zagwarantuje mu zysku, a na niektórych elementach może nawet wygenerować wyłącznie koszty. Z punktu widzenia przepisów UZNK nie jest

dopuszczalne „przerzucanie” kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia i oferowanie części usług poniżej kosztu ich nabycia. W ocenie odwołującego powyższe potwierdza, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje kupieckie.

Zamawiający w s.i.w.z. przyjął, iż jednym z kryterium oceny jest „Czas przywrócenia pełnej sprawności urządzenia [CPPS]” o wadze 20 %. Wykonawca PSST chcąc uzyskać wyższą punktację w tym kryterium oceny ofert wskazał czas 8 godzin, w ocenie odwołującego - z pełną świadomością, że nie ma możliwości zrealizowania tego zobowiązania w tak krótkim czasie. Podany czas przywrócenia pełnej sprawności powinien być wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Z wiedzy odwołującego wynika, że nie ma fizycznej możliwości zrealizowania tej części zobowiązania w tak krótkim czasie przez wykonawcę, który ma siedzibę w Warszawie i nie posiada w Zielonej Górze, ani innej pobliskich miejscowościach żadnego oddziału lub filii. Zdaniem odwołującego, zamawiający był zatem zobowiązany do wezwania wykonawcy PSST na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i dopiero po ich otrzymaniu powinien był dokonać badania i oceny oferty, tj. możliwości zrealizowania zamówienia przez wykonawcę PSST.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż bardzo wnikliwie ocenił złożone przez wykonawców wyjaśnienia dotyczące cen i ofert, w tym w szczególności wyjaśnienia przystępującego. Analizując argumenty przedstawione przez przystępującego, zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy za wiarygodne. Wykonawca wskazał czynniki cenotwórcze i wskazał źródła umożliwiające zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Analizując ceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, zamawiający wziął pod uwagę w szczególności okoliczność, że przedmiotowa dostawa nie jest dostawą klasyczną, ma ona bardzo wiele cech usług, a wycena usług nie jest zero-jedynkowa. Zamawiający nie przejmuje na własność żadnych urządzeń, urządzenia przez cały czas są własnością wykonawcy i pozostaną jego własnością również po zakończeniu umowy z zamawiającym. Oznacza to, że urządzenia zarabiały lub mogły zarabiać na sobie również przed zawarciem umowy z zamawiającym i będzie to możliwe również po zakończeniu tej umowy. Ponadto zamówienie takie jak zamówienie przedmiotowe, czyli zamówienie obejmujące swoim przedmiotem kilkanaście, czy kilkadziesiąt urządzeń jest odmiennie skonstruowane niż zamówienia jednostkowe, ponieważ wielość ta znacząco wpływa na zmniejszenie kosztów po stronie wykonawcy zamówienia, co daje możliwość zmniejszenia ceny jednostkowej, a rekompensowane jest to ilością urządzeń. Ponadto, jeśli wykonawca należycie dba o dostarczany zamawiającym sprzęt i stara się żeby był on bezawaryjny, kontrakty tego typu nie wymagają ciągłego zaangażowania wykonawcy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienie to nie kupno kserokopiarek, przy którym nie byłoby wątpliwości, że jest to zakup towaru, którego wyprodukowanie kosztuje X i nie można tego towaru kupić za kwotę mniejszą niż X, ponieważ dostawca musiałby do takiej transakcji dołożyć i taka sytuacja byłaby czynem nieuczciwej konkurencji, Jak pokazała przedmiotowa procedura, cena w tego typu zamówieniach opiera się na polityce firmy, w tym w szczególności polityce dotyczącej wykorzystania posiadanych urządzeń, organizacji pracy, miarkowania zysków, itd. Jeśli wykonawca ma możliwości pozwalające mu na zmniejszenie kosztów, może on zaoferować swoje dostawy po niższej cenie. Przystępujący, w swoim wyjaśnieniu wykazał i potwierdził takie możliwości i w profesjonalny sposób uwiarygodnił możliwość zrealizowania zamówienia z zachowaniem własnego zysku.

Zamawiający podniósł, że jest jednostką sektora finansów publicznych i realizując swoje zadania musi stosować reguły ustawy o finansach publicznych, a w szczególności jej art. 44 ust. 3 pkt. 1, zgodnie z którym wydatki publiczne muszą być dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Mając na uwadze powyższe i ograniczony budżet, jakim dysponuje zamawiający, priorytetem zamawiającego jest maksymalna redukcja kosztów. Jeśli wykonawca uwiarygodnił możliwość zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, ale za niższą cenę to zamawiający musi przyjąć taką ofertę. W innym przypadku byłoby to nieracjonalne wydatkowanie środków publicznych i stanowiłoby naruszenie ustawy o finansach publicznych.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący złożył wymagane wyjaśnienie i wykazanie, a zamawiający po zbadaniu złożonych dokumentów uznał, że wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwe, a tym samym cena nie jest rażąco niska i dlatego nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający wskazał, że za bezzasadny uznać należy zarzut odwołującego, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do przystępującego o złożenie wskazanych przez odwołującego wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu, nie było podstaw do żądania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający został zaspokojony wyjaśnieniami przystępującego dotyczącymi ceny oferty. Wyjaśnienia ceny oferty złożone przez przystępującego, na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, są na tyle wyczerpujące, że nie wymagały dodatkowych wyjaśnień. Wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest natomiast obligatoryjnym warunkiem oceny złożonej oferty, a służy jedynie wyjaśnieniu wątpliwości mogących się nasunąć co do treści złożonej przez wykonawcę oferty. W przedmiotowym przypadku, treść złożonej przez przystępującego oferty, nie budziła wątpliwości zamawiającego.

Mając na względzie powyższe okoliczności, w ocenie zamawiającego, odwołanie zmierza do zmuszenia zamawiającego do wyboru ofert mających na celu pomnożenie zysków wykonawców, przy posiadanych możliwościach realizacji zamówienia po niższych kosztach, z pominięciem interesu publicznego.

Ponadto, zarzucając zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, odwołujący takiego wyjątkowego traktowania domaga się w stosunku do swojej oferty. Zamawiający zauważył, że odwołujący sam utajnił swoje wyjaśnienie dotyczące zaoferowanej ceny, podobnie jak przystępujący. Nie ma znaczenia, że odwołujący przekazał swoje wyjaśnienia, jako część ogólnego pisma zawierającego w sobie zarówno uzasadnienie zastrzeżenia, jak i wyjaśnienia ceny, a przystępujący przedstawił je jako odrębne dokumenty i utajniając, utajnił cały dokument. Odwołujący powołując się na wyroki, które negatywnie oceniają utajnianie całości wyjaśnień, sam utajnił swoje wyjaśnienia w całości i nie zmienia tego faktu, że wyjaśnienia te są częścią pisma - wyjaśnienia zostały bowiem utajnione w całości.

Zdaniem zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że możliwe jest zastrzeżenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, z tym jednak zastrzeżeniem, że informacje zawarte w takich wyjaśnieniach powinny spełniać przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe założenie zostało potwierdzone, m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07, w którym wskazano, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. W przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę określonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne staje się wykazanie przez wykonawcę, że informacje zawarte w takich wyjaśnieniach spełniają warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba wskazuje, iż odwołujący na rozprawie, podtrzymując swoje stanowisko z odwołania, złożył następujące dowody, mające potwierdzać prawidłowość stanowiska odwołującego:

1. Pismo odwołującego do zamawiającego z dnia 25 lipca 2019 r., w którym odwołujący wykazuje zamawiającemu, że oferta przystępującego jest niezgodna z treścią s.i.w.z. Odwołujący podał, że we wskazanej pozycji tabeli przystępujący podał, że oferuje urządzenie używane, natomiast zamawiający wymagał w tej pozycji urządzenia fabrycznie nowego (KMbizhub 3602p).

Izba oddaliła zgłoszony dowód, albowiem powołany on został na okoliczności, które nie były podnoszone w odwołaniu, tzn. odwołujący postawił zarzut nowy, ponad te podnoszone w odwołaniu, a zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

2. Tabele (samodzielnie sporządzone przez odwołującego) dotyczące minimalnych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia z podziałem na poszczególne części zamówienia uzasadniając, iż przystępujący prawdopodobnie w kosztach swojej oferty nie uwzględnił m.in. następujących pozycji tj. kosztu odbioru urządzeń od zamawiającego, kosztu szkolenia personelu czy też kosztów ryzyka naliczenia kar umownych.
3. Tabele (samodzielnie sporządzone przez odwołującego) przedstawiające koszty urządzeń nowych jak i używanych, w tym koszty serwisowe i koszty materiałów zużywalnych (tonery i bębny).
4. Minimalne ceny urządzeń nowych, za które może je nabyć przystępujący z uwagą, iż odwołujący, który należy wraz z producentem urządzeń do jednej do grupy kapitałowej, może pozyskać jeszcze niższe ceny - bardziej korzystne.
5. Wyciąg z przewodnika produktów Konica Minolta, na okoliczność liczby awarii mogących wystąpić pomiędzy przeglądami serwisowymi (ostatnia pozycja tabeli-MCBF).
6. Wydruk z poczty elektronicznej na okoliczność kosztów transportu 55 urządzeń z Warszawy do Zielonej Góry na trzy adresy, wraz z wnoszeniem gdzie koszt takiej usługi według tego dowodu kształtuje się na poziomie ok 5 500 zł netto, oraz wydruk ze strony Google Maps, na okoliczność odległości i czasu dojazdu z Warszawy do Zielonej Góry (dokumenty niepodpisane przez odwołującego) – dowód niedopuszczony przez Izbę.
7. Wydruki ze stron internetowych sklepów oferujących tonery i bębny zarówno oryginalne jak i zamienniki, na okoliczność kosztów jakie należało uwzględnić w ofercie.

Dowody powyższe, zdaniem odwołującego, świadczą o braku możliwości zrealizowania przez przystępującego przedmiotowego zamówienia, za cenę podaną w ofercie.

Dokumenty zgłoszone pod numerami 2 i 3 (tabele własne odwołującego), Izba nie wprowadziła do postępowania, jako dowody odwołującego, uznając je jedynie za stanowisko strony w sprawie, albowiem zostały wytworzone samodzielnie przez odwołującego.

Izba dopuściła dowody nr 4 i 5 oraz 7 uznając, że potwierdzają one jedynie informacje w nich przedstawione.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności ujawnionych w sprawie, Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, iż cena zaoferowana przez przystępującego, jest ceną rażąco niską (RNC), a złożenie oferty przez przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk). W szczególności Izba wskazuje, że wyliczenia i założenia odwołującego, być może właściwe są dla odwołującego, jako firmy, która należy (wg. oświadczenia odwołującego) do grupy kapitałowej firm o zasięgu międzynarodowym, co z kolei implikuje konieczność wypracowania maksymalnego zysku dla całej firmy. Izba rozumie, że z pewnością wypracowane standardy w firmie odwołującego, warunkują zastosowanie określonych procedur postępowania, niemniej w przypadku firmy mniejszej, lokalnej, przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą we własnym imieniu, zobligowany jest do minimalizowania kosztów z ustaleniem zysku na racjonalnym poziomie pozwalającym na rynkowe konkurowanie w strukturze zamówień publicznych. Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób wyczerpujący wykazał, w jaki sposób zamierza zrealizować przedmiotowe zamówienie, uwzględniając czynniki istotne dla tego wykonawcy, które pozwalają mu na osiągnięcie zysku z tego zamówienia. W powyższym zakresie Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, prezentowane w pismach procesowych oraz tych wskazywanych na rozprawie.

Izba, za bezzasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując po pierwsze, iż przepis ten stanowi uprawnienie zamawiającego, co wyklucza obowiązek jego zastosowania (cyt. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.), a tym samym nie sposób stawiać zamawiającemu zarzutu zaniechania zastosowania przepisu fakultatywnego. Po drugie przystępujący na rozprawie oświadczył, że usługę u zamawiającego, zamierza świadczyć przy wykorzystaniu pracownika przystępującego z Zielonej Góry oraz przewidział, w przypadku awarii, która będzie przekraczała czas naprawy ponad 8 godzin, urządzenie zastępcze (dopuszczone w s.i.w.z.). Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że niemożliwe jest świadczenie tej usługi w wyznaczonym przez zamawiającego czasie i za zaoferowaną cenę. W ocenie Izby, zamawiający nie miał w tej sytuacji podstawy do powzięcia wątpliwości, statuującej możliwość zastosowania procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na okoliczność, iż odwołujący (wg, jego oświadczenia złożonego na rozprawie) jedynie pobocznie, z uwagi na wartość szacunkową zamówienia, wykazywał okoliczności niezasadnego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa (TP), wyjaśnień złożonych przez przystępującego dotyczących RNC podnosząc, iż naruszenie to może spowodować nierówne traktowanie wykonawców, Izba wskazuje, iż zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pkt

6 ustawy Pzp, wykonawcy przysługuje odwołanie jedynie w przypadku, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wyłącznie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, w postępowaniach tzw. poniżej progów unijnych, wykonawcy nie przysługuje odwołanie od zaniechania zamawiającego polegającego na nieudostępnieniu odwołującemu informacji zastrzeżonych przez innego wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa. Ustawodawca, takiego uprawnienia odwołującemu nie przypisał. Konstrukcja prawna, prezentowana przez odwołującego, stanowi jedynie wybieg, który miałby umożliwić odwołującemu stawianie zarzutów w tym zakresie. Ustawodawca jednakże, takiego zakresu czynności lub zaniechania zamawiającego nie przewidział możliwością kwestionowania w odwołaniu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, *„Z perspektywy zarówno zamawiającego, jak i wykonawców na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty składają się zarówno czynności podejmowane w związku z potrzebą udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy oferta któregoś z wykonawców nie powinna podlegać odrzuceniu, jak i czynności podejmowane w związku z potrzebą oceny ofert, które nie zostały odrzucone w kontekście s.i.z.w. Gdy dochodzi do wyboru najkorzystniejszej oferty, a jest nią oferta, co do której powstają wątpliwości, czy nie powinna być odrzucona, nie sposób jest ograniczyć kontroli przesłanek dokonania jej wyboru tylko do okoliczności wymienionych w art. 91 p.z.p., z pominięciem tych, które zamawiający musiał rozważyć uprzednio, gdyż powinny zadecydować o odrzuceniu konkretnej oferty.”*. Powyższe oznacza, w ocenie Izby, iż tylko takie czynności bądź zaniechania zamawiającego możliwe są do zakwestionowania, które mają wpływ na dalsze losy danej oferty. Zarzuty dotyczące niewłaściwej oceny uzasadnienia zastrzeżenia określonych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa przez zamawiającego, nie wpisują się w zakres możliwych do zaskarżenia czynności lub zaniechań zamawiającego. Niemniej Izba wskazuje, iż w związku z tym, że Izba nie stwierdziła rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, ewentualne zarzuty odwołującego dotyczące TP, pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z: wynagrodzeniem pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty od pełnomocnictw.

**Przewodniczący:** .....